



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MANUELLA SANTOS COSTA MERIZE

**O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS RESQUÍCIOS
INQUISITÓRIOS DE UM CÓDIGO ULTRAPASSADO**

Florianópolis (SC)

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
MANUELLA SANTOS COSTA MERIZE

**O PROCESSO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS RESQUÍCIOS
INQUISITÓRIOS DE UM CÓDIGO ULTRAPASSADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do grau de
bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Florianópolis (SC)

2012

“A maior glória não é ficar de pé, mas levantar-se cada vez que se cai.”

Confúcio

*A meu amor, Thiago de Miranda Gonçalves, que Deus,
com ternura, colocou em minha vida.*

RESUMO

A presente monografia tem por principal objetivo apurar a efetiva conformação do sistema acusatório com o ordenamento constitucional vigente no Brasil. Para tal desiderato devemos desvendar o raciocínio político da formação dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, fazendo uma análise de tais sistemas, começando pela formação dos sistemas processuais penais na Idade Média e em seguida analisando as particularidades de tais modelos, especialmente sob o ponto de vista da gestão da prova que é o que realmente distingue, de fato, estes dois sistemas. Pretende-se, também, apresentar as origens políticas do Código de Processo Penal brasileiro que é de 1941, código já septuagenário, que teve como base o Código Italiano, conhecido como Rocco, de inspiração fascista e que até os dias de hoje ainda não foi revogado apesar de incompatível com a Constituição de 1988, que hoje já completa 24 anos. Será, também, abordado a respeito das principais reformas parciais do CPP, mais pontualmente sobre a disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008. Atualmente, embora tenham sido feitas diversas reformas no Código de Processo Penal, ainda não foram suficientes para transformar a norma em inteiramente constitucional. Fazendo uma análise do sistema acusatório, inquisitório e do sistema misto e vislumbrando então os pontos característicos de cada sistema, poderemos analisar, em derradeiro capítulo, o Projeto de Lei nº 156/2009, que tem como mote a constitucionalização do processo penal brasileiro, tornando, com isso, a estrutura do mesmo, compatível com a Constituição da República de 1988, o que não ocorre com a estrutura atual, vez que baseada no Código de Processo Penal de 1941, cuja essência é inquisitorial. A citada constitucionalização se dá em razão, principalmente, do reposicionamento do juiz no processo penal, exercendo ele, agora, seu verdadeiro papel: o de julgador imparcial e garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo.

Palavras chaves: Processo Penal. Sistemas Processuais Penais. Sistema Inquisitório. Sistema Acusatório. Constituição Federal. Projeto de Lei nº 156/2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
 CAPÍTULO I - A LÓGICA POLÍTICA DA FORMAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA IDADE MÉDIA.....	 10
1.1 O Nascimento do Sistema Inquisitório.....	11
1.2 O Berço do Sistema Acusatório.....	15
 CAPÍTULO II - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	 18
2.1 A ilusão da existência de um sistema penal misto	18
2.1.1 Sistema Acusatório <i>versus</i> Inquisitório: A gestão da prova como critério definidor dos Sistemas Processuais Penais.....	21
 CAPÍTULO III - SISTEMA PROCESSUAL PENAL: O MODELO BRASILEIRO.....	 28
3.1. As raízes do septuagenário Código de Processo Penal.....	28
3.2 As reformas parciais do CPP: um ensaio atual sobre a gestão das provas.....	31
3.2.1 A disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008.....	32
 CAPÍTULO IV - O EMBATE ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O VELHO SISTEMA INQUISITÓRIO ADOTADO DISFARÇADAMENTE PELO ATUAL CÓDIGO.....	 40

	7
4.1 O equilíbrio entre os sujeitos processuais na estrutura acusatória enaltecida pela Constituição.....	40
4.2 O papel do juiz das garantias do novo CPP.....	48
4.3 Vestígios inquisitórios ainda presentes no Novo Código.....	50
 CONCLUSÃO.....	52
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

INTRODUÇÃO

No âmbito das normas processuais penais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nasceu a necessidade de reexaminar como deveriam ser interpretadas e aplicadas as normas vindouras. Os interesses do constituinte de 1988 não mais estavam sendo atendidos com o modelo normativo constitucional anterior. Sendo assim, a norma penal deveria ser revista com fundamento nos preceitos instituídos pela nova ordem constitucional.

Era irrefutável, tendo em vista o complexo sistema de direitos e garantias fundamentais, que o constituinte havia optado pelo sistema acusatório. Porém, tendo em vigor um Código de Processo Penal antiquado, datado de 1941, e com realces inquisitivos, era certo que se fazia necessário ponderar e conciliar a intenção da norma infraconstitucional à nova realidade instituída juridicamente pela Constituição de 1988.

Atualmente, apesar de já ter sido feito muito do trabalho de repensar o Direito Penal, ainda existem muitas discordâncias de ideias que precisam ser superadas, para que se possa dar um correto sentido à norma penal adjetiva, convertendo-a em uma norma inteiramente constitucional.

Mesmo com grande parte da doutrina já tendo se posicionado em favor do sistema constitucional, ainda existe uma fração dos aplicadores do direito que insistem em tentar igualar o processo penal a uma realidade diferente da constitucionalmente proposta.

Hodiernamente, existe uma questão corporativa muito forte para não revogar o atual Código. Os magistrados concluem que um sistema acusatório reduziria a sua autoridade e por isso eles têm se manifestado pela conservação do atual sistema inquisitivo, que mantém a centralização de poder na figura do juiz.

Neste viés, com a expectativa de um novo Código de Processo Penal, esperado através do Projeto Lei 156/2009, pretende-se com este estudo verificar o embate entre o sistema acusatório, e o velho sistema inquisitório adotado de forma mascarada pelo atual código. Mas, para isso devemos desvendar a lógica política da formação dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, analisando as principais características de tais modelos, principalmente no enfoque da gestão da prova que é o que diferencia de fato estes dois sistemas. Apresentar, também, as origens políticas do nosso Código de Processo Penal que é

de 1941, se baseou no Código Rocco, de inspiração fascista e que vem sobrevivendo às várias constituições sem ser revogado devido a longa trajetória autoritária da política brasileira de 20 anos de ditadura militar, até o advento da Constituição de 1988. Código este que, mesmo passadas mais de duas décadas, ainda continua vigendo, embora incompatível com a Constituição e com muitos resquícios de um código ultrapassado.

CAPÍTULO I - A LÓGICA POLÍTICA DA FORMAÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA IDADE MÉDIA

Não se questiona que o direito, num contexto geral, reflita diretamente a situação cultural e política de uma sociedade. Na história do direito, se intercalam as maiores tiranias com as mais largas liberdades. É o Direito Processual Penal que pratica a mais ampla influência sobre o homem em sociedade.

Segundo MAIER¹, é no Direito Processual Penal que as manipulações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de pena *versus* direito de liberdade). Nem mesmo o direito penal, material, encontra real intervenção social. Em apropriada passagem, MAIER² recorda a lição de Beling quando evidencia que “o direito penal (material) não toca o delinquente um só pêlo, já que é o direito processual penal o que se encarrega do homem de carne e osso”. Ressalta, também, mais à frente que “as mudanças de orientação política aparecem mais a ‘flor da pele’ no direito processual penal”.

É necessário fazer notar que o direito processual não se construiu de forma regular em todos os Estados. É comum que no tempo em que o Estado encontrou-se realmente intimidado pela delinquência o Direito Penal tenha convencionado penas rigorosamente severas e assim o processo precisasse ser igualmente austero.

Como reflexo da réplica do Processo Penal diante das condições impostas pelo Direito Penal e pelo Estado da época, temos os sistemas processuais inquisitório e acusatório. Tais sistemas nasceram, na forma como o conhecemos, no início do século XIII, não obstante, outros tenham existido, até mesmo com os mesmos nomes, antes, por exemplo, com os romanos.

¹ MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 260

² MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. 2. Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. T. 1, p. 442

1.1 O Nascimento do Sistema Inquisitório

O Sistema Inquisitório tem seu marco histórico em 1215 em face do IV Concílio de Latrão, com a constituição dos Tribunais de Inquisição ou Santo Ofício, criado para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica.

Informa COUTINHO³, que o modelo que atualmente chamamos de inquisitório, tem sua forma “pura” no Santo Ofício, ou, Tribunal da Inquisição, como uma forma de repressão as doutrinas hereges.

Recapitulando a história, recorda Coutinho que, no final do Império Romano, concomitante a formação dos feudos, o imperador Constantino converte-se a religião Cristã fazendo com que a Igreja Católica se tornasse a mais importante aliada do Poder.

Mesmo com a posterior dominação dos povos bárbaros e a recepção do Direito Romano, o Processo Penal continua com seu mesmo esqueleto, ou seja, com os Juízos de Deus, pelos juramentos, duelos e as ordálias.

Mais ou menos a partir do ano 1000, com a origem das cidades e dos burgos, o Estado começa a perder poder, uma vez que a economia acaba por sair do seu controle com estas novas atividades econômicas. Com este declínio de poder, o agora Estado que era representado pela Igreja, passa a adotar medidas severas para combater tal fato, mas sob a desculpa do combate à heresia dos povos não-cristãos.

O modelo inquisitivo foi vigorosamente influenciado pela Igreja Católica, a qual contestava as “doutrinas heréticas” que surgiam.

Desta maneira Jacinto Nelson de Miranda Coutinho advertiu:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordamos –, mantém-se hígido.⁴

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org.) Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.18.

⁴ Id. Ibid., p. 13.

Neste momento o Sistema Inquisitório toma uma forma pura, que segundo COUTINHO⁵ diz respeito não somente às formas malignas de se obter a verdade pela tortura, nem da inexistência de separação entre acusador e julgador, mas por dar ao órgão encarregado de julgar a capacidade de buscar as suas provas. Diversos ordenamentos jurídicos anteriores, contemporâneos e até mesmo posteriores à Inquisição da Igreja Católica eram tão cruéis quanto, mas não somaram tantas características inquisitivas como as que são apontadas no Santo Ofício. Aqui se encontra o núcleo fundante de tal Sistema: o julgador com poderes instrutórios e de gestão da prova.

Conforme Coutinho:

Se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova.⁶

Desde o final do século anterior, a Igreja Católica pensava estar em perigo o seu poder sobre o mundo que conhecia e que possuía em grande parte, pois percebia que a repercussão de seus ensinamentos já não era total. Ela acreditava que isso acontecia devido a ensinamentos hereges, opostos aos exaltados em Roma.

Com efeito, ensina Geraldo Prado⁷ que a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado, mas, principalmente, um problema de salvação da alma. Assim, requisitou-se a punição como forma de penitência às culpas, pois, arrepender-se já não era mais suficiente. Deste modo, a igreja confirmava, politicamente, o seu poder.

Em 1199, Inocêncio III, o papa, baixou uma bula nivelando o crime de heresia ao de lesa majestade, que era a traição cometida contra a pessoa do Rei, ou seu Real Estado, considerado o mais severo entre os crimes existentes. Era a heresia sendo igualada ao crime político.

Em 1215, no IV Concílio de Latrão, de acordo com Coutinho:

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org.) *Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.15.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, n.1, 2001, p. 28.

⁷ PRADO, Geraldo Pacelli de. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999, p.80

É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores “bárbaros” vindos dos norte para demolir o império romano.⁸

Coutinho afirma que “decide-se, entre outras coisas, pela confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano; ela é o marco histórico do novo sistema”.⁹

Em 1229, o concílio de Tolosa aperfeiçoou o sistema de polícia da fé, estruturando grupos mistos (laico-religiosos) que eram encarregados de denunciar os heréticos. Porém, foi com a Constituição Excomniamus, editada em 1231, pelo Papa Gregório IX, que o tribunal inquisitorial obteve base jurídica plena, aperfeiçoando-se posteriormente com a atribuição de sua direção a ordens religiosas específicas.

Segundo ensinamentos de Coutinho:

Tudo se consolida com uma bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delineia o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendida ao mundo em 1254, pela qual abriu-se o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que o *Inquisitor e Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, dentre elas na tortura. A Igreja Católica tocava à barbárie que tanto havia criticado no início do catolicismo romano, quando os católicos foram perseguidos, torturados e mortos.¹⁰

A pedra angular no sistema inquisitivo vivido pelo direito canônico foi a chamada busca da verdade real, ou verdade material. Da busca da verdade real renascem os tormentos pelas torturas, decididas a racionalmente retirarem dos acusados a sua interpretação dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência.

Segundo Lopes¹¹ “A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema.”

Neste panorama, se a sentença judicial estiver baseada na “verdade”, o povo confiará que ela é certa e a apreciará. O mito da verdade auxilia a legitimar a atividade jurisdicional concluída em uma decisão. A verdade absoluta é sempre intransigente e o herege é o

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 3 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁹ Id. Ibid., p. 3

¹⁰ Id. Ibid., p. 4

¹¹ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 65.

adversário a ser combatido a qualquer custo, justificando-se assim a tortura e a perversidade.

É com a inquisição que são suprimidas a acusação e a publicidade. A atuação do julgador é de ofício e em segredo, alicerçando por escrito as declarações das testemunhas que eram mantidas em sigilo.

A prisão cautelar torna-se a regra diante do fato que o inquisidor necessita dispor do corpo do herege, podendo aplicar a tortura que conduzida de maneira “correta” poderia levar à confissão que era considerada a rainha das provas, satisfatória para levar a condenação.

Sendo assim, a defesa era considerada inútil, pois cabia ao defensor a função de convencer o acusado a fazer a confissão, arrependendo-se do delito cometido para que logo fosse aplicada a pena e iniciada a execução.

Sobre a confissão, ensina Lopes:

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.¹²

Além dessas problemáticas, conta ainda o infeliz sistema inquisitorial com a inexistência da coisa julgada. Imagina-se quão aflitivo era para um acusado que não conseguia manter uma vida livre e desprendida de qualquer temor da Inquisição, haja vista que poderia dormir como inocente e acordar como culpado caso a discussão acerca da sua culpa fosse reaberta. Neste viés, traz como lição, Aury Lopes Júnior:

A inexistência da coisa julgada era característica do sistema inquisitório. EYMERICH alertava que o bom inquisidor deveria ter muita cautela para não declarar na sentença de absolvição que o acusado era inocente, mas apenas esclarecer que nada foi legitimamente provado contra ele. Dessa forma, mantinha-se o absolvido ao alcance da Inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal, para punir o acusado sem o entrave do trânsito em julgado.¹³

Desta forma, conclui-se que o sistema inquisitorial praticamente condenava a maioria dos seusujeitados, motivo pelo qual remanesceu desacreditado, principalmente por incidir

¹² LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 67.

¹³ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 67.

em um erro psicológico¹⁴, pondo à atividade, numa mesma pessoa, o exercício de funções muito antagônicas, quais sejam: investigar, acusar, defender e julgar.

1.2 O Berço do Sistema Acusatório

O sistema acusatório formou-se na Inglaterra após a invasão normanda liderada por Guilherme I, o Conquistador, em 1066. Neste período iniciou-se um embate entre os barões e os reis, que fixou a reorganização do Direito então vigente.¹⁵

Tais disputas continuaram a acontecer até o século XII, quando Henrique II, rei que muito influenciou a construção jurídica e que governou de 1154 até 1189, ordenou a justiça daquelas localidades da maneira mais semelhante ao que se conhece hoje por *Common Law*¹⁶.

Como para os normandos era atraente a ideia de centralização do poder, Henrique II auxiliou na introdução do sistema feudal na Grã Bretanha, convertendo os suseranos em grandes vassalos. Com o objetivo de sustentar o comando total e desestabilizar o poder destes, o rei, através de uma lei do exército, impossibilitou que se mantivessem e que se criassem exércitos feudais para que em contrapartida oferecesse proteção aos mesmos.

Para que conseguisse finalizar os Juízos de Deus, que havia desde a invasão, Henrique II centralizou na jurisdição de Westminster as decisões. Com isso, as pessoas que se sentissem ofendidas poderiam reivindicar ao rei por meio de petição.

De acordo com os ensinamentos de COUTINHO em relação às petições:

[...] em regra, eram recebidas e decididas pelo Lord Chancelere, em nome do rei,

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona: Bosch, 1935, p. 29 *apud* LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Volume 1. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 68.

¹⁵ “O Papel do Novo Juiz no Processo Penal”. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32

¹⁶ Common law (do inglês "direito comum") é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui portanto um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de common law, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente.

emitiam-se ordens escritas (*writ*) aos representantes reais (locais), ditos sheriff, a fim de que esse ordenasse que o indicado desse satisfação ao queixoso ou, se fosse o caso, comparecesse para dar explicações. Tal modo de agir (*forms of action*) logo abarrotou a jurisdição real e, mesmo que o tribunal tivesse sido decomposto (dividiu-se o chamado *Curia regia* em três tribunais), a situação não encontrava solução¹⁷.

O sistema de avaliação fundado nos “Juízos de Deus” tinha um fundamento mítico e religioso, ao contrário de um processo mais racional.

Os juízos de Deus poderiam se realizar através de três formas de processo: ordália que eram destinadas, em regra, aos vassalos. O duelo que era destinado aos cavaleiros e o juramento. Deus também punia o perjúrio, destinado geralmente aos senhores feudais.

As principais ordálias eram a prova da fogueira, a prova do pão e do queijo, a prova da cruz, a prova da água fria e a prova da água quente e do ferro em brasa. Os duelos, fundamentados na admiração do povo pela coragem e bravura, podiam se travar entre as partes, entre uma testemunha do processo e aquele que havia impugnado o seu testemunho e ainda entre o acusado e os juízes para que aquele pudesse provar sua inocência.

Como repreensão à grande quantidade dos juramentos falsos, implantou-se, na época, a instituição dos conspurgadores, que consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava juramento.

O rei Henrique II, a partir de então, inicia a edificação de um modelo único, em 1166, instituiu um *Trial by Jury*, dando início à derrocada dos “Juízos de Deus”, conforme assevera COUTINHO:

Por ele, um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos (*boni homines*) *indictment* um acusado e, se admitida à acusação, seria ele julgado por um *Petty Jury*, composto por 12 membros. Nele, o *Jury* dizia o direito material, ao passo que as regras processuais eram ditadas pelo rei. O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo que certo que o acusado era o responsável pelas explicações que deveria dar¹⁸.

Diferente do sistema inquisitório, no sistema acusatório os juízes sentenciavam de

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 5 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 6 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

acordo com o que conheciam, baseado naquilo que as partes traziam ao processo e o julgamento era, na maioria das vezes em local de acesso a qualquer do povo, o que, de certa forma, politicamente, favoreceu a imagem do rei Henrique II.

Decorrente disto foi a centralização de poder no Rei absolutista, fazendo com que os barões e conseqüentemente a Igreja perdessem espaço, a ponto de Henrique II ser ameaçado de excomunhão após a morte do bispo de Canterbury Thomas Becket.¹⁹

De acordo com Coutinho “do conflito de forças, entre barões e o rei, parece ter levado vantagem o povo, até assumir a consciência de ser o efetivo detentor do poder, pelo menos para efeito de não ter violado o seu espaço de intimidade, com uma cultura de respeito a cidadania”.²⁰

Assim, o processo e suas regras eram para todos de forma geral e criavam um sistema comum, já citado anteriormente, conhecido como *Common Law*. Já o direito material era manifestado mais pelos costumes que pelas leis.

O mais relevante deste sistema é que os juízes decidiam de acordo com o que sabiam e o combate entre acusação e defesa visava, pelo menos ao que parecia, igualdade de condições entre as partes. O réu, que no sistema inquisitivo era tratado como mero objeto de investigação, objeto do processo, passa a ser pessoa de direitos e deveres, um cidadão e, por isso, deve ter suas garantias individuais protegidas contra todo e qualquer poder tirano, iniciando-se, então, o sistema acusatório de processo penal.

O sistema acusatório inglês estruturou-se num processo de partes, não competindo ao juiz qualquer iniciativa probatória, colocando-se em uma situação equidistante das partes, num verdadeiro *actum trium personarum*²¹.

Assim, embora existido diversas causas, pode-se dizer que a edificação dos sistemas processuais puros foram feitos através de opções políticas já assinaladas durante a história.

¹⁹ “O Papel do Novo Juiz no Processo Penal”. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35

²⁰ “O Papel do Novo Juiz no Processo Penal”. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36

²¹ *actum trium personarum* significa: Ato de três pessoas

CAPÍTULO II - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 A ilusão da existência de um sistema penal misto

Quando tratamos de sistemas processuais penais, primeiramente, pensamos na tríade: acusatório, inquisitório e misto. Neste contorno evidencia-se o conceito de sistema processual redigido pelo jurista italiano, Franco Cordero, escudada em nosso país por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, num contexto que se desvenda a ilusão da existência de um sistema penal misto.

Coutinho critica a adoção do modelo misto e, inclusive, os que acreditam estar no Juizado de Instrução a solução democrática do processo penal. Em sua obra crítica, expressa a sua posição:

A solução, repito, parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para introduzir-se (como ingenuamente querem alguns menos avisados) o chamado juizado de instrução (juízes ou promotores de justiça, como parece primário e demonstrou a história, não serão menos inquisidores que as autoridades policiais: basta estar naquela situação!), mas para, aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório.²²

Além disso, o modelo misto é discutido como um sistema enganoso. Aury Lopes Júnior defende que:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Ademais, se por um lado, sustenta Coutinho, que é ilusória a existência de um sistema penal misto, por outro lado o próprio autor acredita que no direito moderno não exista mais sistema processual puro, sendo assim, todos os sistemas seriam mistos. Porém, ser misto significa ser, na origem, inquisitório ou acusatório, acolhendo a aludida adjetivação devido

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41

aos elementos secundários que de um sistema são cedidos a outro.²³

Conforme suas lições:

O dito sistema misto é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.²⁴

Acerca disso, Aury Lopes Jr²⁵ diz que o sistema que vigora no Código de Processo Penal é o inquisitivo, porém “não é o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neo-inquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade [...]”.

A cultura processual penal é ainda predominantemente inquisitória, que valoriza tudo aquilo que possa ser útil ao esclarecimento da chamada verdade real, tida como corolário lógico do processo inquisitivo, em que se pressupõe a existência de uma verdade absoluta, com base religiosa, que pode ser descoberta pelo “iluminado”, ou seja, o juiz.

Obviamente, trata-se de um mito, pois não existem verdades absolutas. A verdade é parcial e mutável historicamente.

Michel Foucault²⁶, em sua obra *A verdade e as Formas Jurídicas*, recorda que o processo penal foi criado pela Inquisição não para encontrar a verdade, mas para edificar verdades que interessavam ao poder.

A análise das raízes da verdade real é bastante relevante, uma vez que ainda arrebanha inúmeros profissionais do direito que o utilizam sem reparos em sua essência inquisitorial e, assim, tentam justificar o sacrifício de garantias, direitos e regras em prol da apuração do fato ocorrido.

A busca da verdade real como propósito da práxis judicial fincou-se como um dos mais importantes pilares dogmáticos que sustentavam o processo inquisitório. A partir da referência estabelecida como objetivo processual passou-se a entender que quaisquer meios de apuração serviriam como instrumento para revelar o oculto e contribuir para a descoberta do

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n.1, 2001, p. 28.

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.(org.) *Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.11

²⁵ LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 522

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª.ed.. Nau Editora. Rio de Janeiro, 2002, pg. 67

acontecido. Todos os demais valores e interesses que, de alguma forma, pudessem sofrer alguma interferência a partir do processo eram menores e o seu sacrifício, em cotejo com a busca da verdade real, era perfeitamente justificável.

Segundo Lopes²⁷ “de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma incansável “verdade real”.

Sem embargo de a Constituição Federal ter feito opção pelo sistema acusatório, continuam a ser observados dispositivos do CPP que remontam ao modelo inquisitório. Dessa forma, não se pode falar que aqui é utilizado um modelo de processo penal acusatório puro.

O professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho aponta que:

O sistema, assim, é tomado como acusatório somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório²⁸

Embora exista o sistema processual misto, na sua essência ele será inquisitório ou acusatório, visto não existir um princípio informador misto.

Desta forma, a ideia inicial de raciocínio tende à concepção de que os sistemas processuais sucedem de um princípio processual unificador. Os sistemas inquisitório e acusatório são regidos, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo que são determinados pelo critério de gestão da prova.²⁹ Sendo assim, no sistema inquisitivo, o magistrado tem em suas mãos a administração da prova. Porém, no sistema acusatório ela é conduzida pelas partes.

Segundo Coutinho, a ideia básica de um sistema jurídico é “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”³⁰

Segundo os ensinamentos de Coutinho:

[...] pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem

²⁷ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 555

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev./2006. p. 02.

²⁹ Id. Ibid., p. 28

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n.1, 2001, p. 28.

como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. [...] no sistema acusatório o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto.³¹

Neste sentido, adverso à maior parte dos processualistas brasileiros, Coutinho, seguindo os passos de Franco Cordero, aplica o critério da gestão das provas para diferenciar os sistemas e contrapõe a visão clássica que os reconhece a partir da existência ou não de partes no processo.

2.1.1 Sistema acusatório *versus* inquisitório: a gestão da prova como critério definidor dos sistemas processuais penais

A controvérsia referente à verdadeira conceituação dos sistemas acusatório e inquisitório, com a conseqüente demarcação de funções de cada sujeito da relação processual, vem conquistando, nos últimos anos, contornos nunca reconhecidos em nossa doutrina e jurisprudência nacionais.

A consonância do processo penal pátrio com os postulados do sistema acusatório é quimera contraída por aqueles que defendem a confirmação dos direitos e garantias fundamentais no contexto criminal. O presumido acordo incipiente, todavia, oculta um contexto assinalado por grandes discordâncias doutrinárias, iniciando pela discussão em relação a o que estabelece a origem de tal sistema processual penal, ou seja, seu núcleo fundante. No entanto, grande parte da doutrina concorda que a separação do encargo de acusar, defender e julgar é traço particular do sistema acusatório. Porém, embora apontada pela doutrina como fator decisivo na diferenciação dos sistemas, não é a única e muito menos pode ser critério causador, se não vier aliada a outras, pois, é notório que não seria suficiente a separação das funções se, depois, o magistrado assumisse um papel inquisitorial.

Sendo assim, segundo LOPES:

[...] é reducionista alguma doutrina que focada exclusivamente no aspecto histórico da separação de funções (*ne procedat iudex ex officio*) aí ancora, passando a criticar aqueles que propõem a superação de tais reducionismos e posturas mitológicas.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n.1, 2001, p. 28.

Pensamos que se originariamente o sistema acusatório teve por núcleo a separação de funções, o nível atual de desenvolvimento e complexidade do processo penal não admite mais tais simplificações. (*grifo do autor*)³²

A Teoria da Gestão da Prova prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório está centrada no papel a ser exercido pelo juiz durante a fase probatória. Assim, quando o juiz pode atuar na fase probatória, o sistema será inquisitivo; quando o juiz deve figurar apenas como mero árbitro, o sistema será acusatório.

Esta teoria aportou no cenário nacional com a pretensão de simplificar a identificação de um ou outro sistema processual penal. Em termos simples, ela prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório estaria na postura do juiz durante a fase probatória.

A referida teoria teve origem na Itália e desembarcou no Brasil como representativa de novidade, correção e incontestabilidade.

Um dos escritos pioneiros em que a gestão da prova foi defendida por um autor brasileiro, apareceu no ano de 1993, no Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo. Neste encontro, Coutinho colocou as bases dessa teoria no país, apresentando-a como o fator diferencial entre os sistemas acusatório e inquisitório. Resumindo, sustentou que, no país onde a gestão da prova está designada ao juiz, ali estará presente o sistema inquisitório; e, no país onde essa mesma gestão está confiada às partes, ali estará presente o sistema acusatório.³³

Ao longo dos anos, Coutinho foi esboçando, em diversos escritos, as razões pelas quais havia aderido à Teoria da Gestão da Prova, propiciando uma melhor percepção de seu pensamento, definindo os sistemas acusatório e inquisitório como regidos pelos princípios dispositivo e inquisitório, elevando-os à categoria de princípios unificadores de cada um daqueles sistemas. Afirmou que a existência de partes no processo não seria o critério correto para a diferenciação entre os sistemas citados, embora fosse esse fator o utilizado por grande parte dos autores, nacionais e estrangeiros.

Essa união de fatores lhe consentiu afirmar que o sistema processual penal brasileiro era inquisitivo, não porque seu juiz possuía essa extrema concentração de poderes, mas

³² LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 73

³³ COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo. Rio de Janeiro: ADV, jun/1993, p. 38.

porque a gestão da prova estava , primordialmente, nas mãos do juiz.³⁴

No sistema acusatório, o procedimento de análise das provas, que devem ser produzidas com a observância de todos os direitos e garantias do acusado, é o do livre convencimento motivado, ou seja, o juiz prolata sua sentença de acordo com as provas produzidas no processo pelas partes. Como o juiz deve se manter imparcial, são as partes que têm a iniciativa de produzirem as provas. A fundamentação da sentença deve se basear nas provas produzidas no processo, sob pena da sentença ser considerada nula.

Neste viés, ensina LOPES:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. [...] é um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. (grifo do autor)³⁵

Aqui se adota a tese que a imparcialidade efetivamente resta desrespeitada no momento em que o magistrado produz prova *ex officio*, porque esta “[...] decorre, não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação”³⁶

Deve-se levar em conta que nem o sistema acusatório, tampouco o inquisitório, garantem a imparcialidade, pois a mesma não existe de fato. O sistema acusatório, visa, sim, assegurar um maior distanciamento do juiz frente às partes, garantindo que não haverá o que chama-se de “prevalência da hipótese sobre o fato”, ou seja, a atividade do juiz direcionando as provas dos autos com o intuito de fundamentar a sua decisão previamente tomada pela condenação ou pela absolvição.

Ao falar de gestão da prova no sistema inquisitório, Coutinho assegura a suposição de que o juiz decide anteriormente, fazendo um juízo de valor para somente após buscar material probatório hábil a confirmar sua versão inicial.

Abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001, p. 38

³⁵ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p. 73

³⁶ Id. Ibid. p. 190

possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.³⁷

Segundo Prado³⁸, assim, estando o juiz comprometido psicologicamente, acaba se afastando da posição de seguro distanciamento das partes. Destarte, o juiz fundamentará sua decisão de acordo com os elementos de prova que ele mesmo incorporou no processo, por considerá-las importantes para a resolução da lide.

Igualmente, Franco Cordero³⁹ frisa que, ao imputar atribuições instrutórias ao juiz independente da fase, se opera a superioridade das hipóteses sobre os fatos, gerador de quadros mentais paranoicos. Isso porque, o juiz que vai atrás da prova, primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam sua decisão (que na verdade já foi tomada).

Neste contexto, indica Aury Lopes Júnior:

[...] quando se trata de analisar o art.156 do CPP, que absurdamente atribui poderes instrutórios ao juiz, antes mesmo de haver processo, fundando assim um sistema inquisitório substancialmente inconstitucional. (grifo do autor)⁴⁰

O art. 156 consolida um sistema inquisitório porque representa uma quebra de igualdade, do contraditório e da estrutura dialética do processo, assim, aniquilando a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.

Tourinho Filho ensina:

[...] o juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra de sua imparcialidade. [...] o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade [...] O inciso I do art. 156 deixa entrever que o nosso processo mais se aproxima do misto que do acusatório", uma vez que a produção de provas *ex officio* pelo juiz não é função própria de uma pessoa de quem se exige absoluta imparcialidade.⁴¹

Logo, certifica-se que o art. 156 do Código de Processo Penal vai de encontro ao sistema acusatório, de modo que a gestão da prova igualmente está nas mãos do juiz.

Porém, de modo contrário, muitos processualistas tutelam o uso do artigo 156 do

³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001, p. 36

³⁸ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 137

³⁹ CORDERO *apud* LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, p.80.

⁴⁰ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p.530

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. III, p. 248 e 249.

CPP, afirmando que esse dispositivo não fere os princípios constitucionais, uma vez que o processo penal adotou o princípio da busca da verdade real.

Como exemplo, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo que é a prolação da sentença.⁴²

Infere-se que a melhor maneira de analisar a verdade e de se fazer justiça é ceder a alegação jurisdicional e a coleta das provas àqueles que almejam objetivos contrários, assim, declarando consideração a dignidade do acusado.

Jacinto Coutinho,⁴³ enfatiza que o processo tem como finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico, ou seja, o crime, “de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores”: princípio dispositivo e princípio inquisitivo. No princípio inquisitivo a gestão da prova se encontra nas mãos do julgador, por isso funda um sistema inquisitório e no princípio dispositivo a gestão da prova está nas mãos das partes e assim funda o sistema acusatório.

Geraldo Prado explica que “a gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos [...] – realizam estes atos”.⁴⁴

Pode-se afirmar que, atualmente, os processos penais trazem características tanto do sistema acusatório como do sistema inquisitório.

O critério determinante para diferenciar os ditos sistemas, tendo em vista a própria finalidade do processo penal, é o da gestão da prova, não sendo bastante a separação das funções de acusar, julgar e defender entre órgãos distintos.

Caso exista a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício,

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346

⁴³ Id. Ibid., p. 37.

⁴⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 104.

restará necessariamente comprometida a sua imparcialidade, o que entrava a reconstrução histórica dos fatos e infringe garantias do acusado, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A propósito, Geraldo Prado⁴⁵ afirma que no momento em que o magistrado passa a ordenar a produção de provas, é porque está desconfiado da culpa do acusado e com isso “investe o juiz na direção de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão da acusação”. Asseverando, ainda, que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador” .

Neste viés, Aury Lopes Jr.⁴⁶ dispõe que ao atribuir poderes instrutórios ao juiz – em qualquer fase – opera a “prevalência das hipóteses sobre os fatos, porque como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro [...] e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)”.

A prova processual, que tem como finalidade reconstruir um fato pretérito, não tem a capacidade de evidenciar a verdade real dos acontecimentos, levando em conta que, em todos os fatos, “que dependem do domínio da verdade histórica, jamais se deixa atingir a verdade absoluta”.⁴⁷

A verdade absoluta representa apenas um ideal que não se pode alcançar, algo inteiramente inadequado pelo fato de tratar de um fato já ocorrido, de uma realidade pretérita. Segundo Oliveira⁴⁸ o maior mal causado por tal ideal foi a disseminação de uma “cultura inquisitiva”, com a qual as mais diferentes práticas probatórias foram legitimadas “pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.

A lógica inquisitorial, funda-se no preceito da verdade absoluta, cujo o experimento de execução constitui justificção suficiente a todas as barbaridades cometidas, manipulando-se um processo que deixa a gestão da prova nas mãos dos juiz que pode buscá-las ao seu arbítrio.

Assim fica claro que o fundamento que ensina ser a verdade real parte do processo

⁴⁵ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 133

⁴⁶ LOPES JR., AURY. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I, p.525.

⁴⁷ MITTERMAIER, C.J.A. Tratado da prova em material Criminal. Campinas: Bookseller, 1997, p. 66

⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p.281-282.

penal não deve se manter, pois a mesma existe apenas como ferramenta de autoridade e legitimação a fundamentar qualquer conduta.

Quanto mais coloca-se perto um sistema do modelo acusatório, mais se aproxima da execução de um alvo de justiça, em contrariedade ao desejo de declaração de verdade que é característica de um modelo inquisitivo.

Outrossim, não se pode esperar nenhuma verdade do processo, pois o mesmo representa apenas uma fraca reprodução dos fatos e não os próprios fatos, pois os mesmos são irreparáveis.

Atribuindo a iniciativa probatória ao magistrado, este passa operar como parte e, em consequência, infringe a base do sistema acusatório, pois as funções de investigar, acusar e julgar se confundem.

Conclui-se que, estando a gestão da prova nas mãos do julgador, constrói-se um processo fundado sob as bases do sistema inquisitório, podendo levar à quebra da principal garantia jurisdicional: a imparcialidade do juiz que proferirá a sentença.

CAPÍTULO III - SISTEMA PROCESSUAL PENAL: O MODELO BRASILEIRO

3.1. As raízes do septuagenário Código de Processo Penal

No que diz respeito ao sistema processual penal brasileiro atual, sempre teve como principal estrutura o Sistema Inquisitório, haja vista que, o Código Processual Penal de 1941 é quase uma cópia do Código Penal italiano, conhecido como Código *Rocco*, feito durante o governo de Benito Mussolini, em 1930, de caráter inquisitório e ditatorial, que, por sua vez, é uma deformação do Código Napoleônico de 1808 que adotava o fascismo como forma de governo. O Código *Rocco*, substituiu o Código *Finocchiaro*, de caráter democrático e acusatório, pois com o advento do fascismo, esse código não se prestava a ser instrumento de perseguição aos dissidentes do regime.

O Sistema Napoleônico, segundo palavras de Coutinho:

nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um Sistema *Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais. [...] Por ele – e para ficar em poucos exemplos - , nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”. [...] do chamado “Sistema Misto”(Inquisitorial agregado com elementos outros), apresentado como Sistema Acusatório” em razão da fase processual comportar órgão de acusação diferente aparentemente daquele julgador, debates orais e, sobretudo partes. Tais elementos, como se sabe, são deveras importantes para ajudar a de caracterizar um sistema processual mas, sem dúvida (assim como outros), secundários.⁴⁹

Com a recordação de algumas passagens da Exposição de Motivos do Decreto Lei nº 3.839, de 3 de outubro de 1941, o atual código de processo penal, pode tornar-se mais solidificada a relevância desses dados. Como, por exemplo, em alguns trechos de seu item II que dizem:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num código único para todo Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado aos que delinquem [...] As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade [...]

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 5 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10.

Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. [...] A decretação da prisão preventiva. [...] em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz.⁵⁰

Fica clara, com esta passagem que a ideia principal do processo penal era o afastamento das garantias individuais, ou seja, um desligamento dos direitos fundamentais para que fosse reprimida a delinquência. Assim, sob a proteção da Constituição de 1937, também conhecida como Polaca, baseada na Constituição autoritária da Polônia, o Legislador estava empenhado com a tirania do abatimento das garantias, vistas como maléficas a sociedade.

A grande autoridade e a presunção de culpabilidade eram características fundamentais do sistema instituído pelo Código de Processo Penal de 1941. O fato da iniciativa da ação penal poder partir do próprio juiz e até mesmo da autoridade policial eram de enorme contribuição para a vigência do sistema inquisitivo, o modelo predominante à época.

De acordo com Oliveira:

(...) o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, *presunção de culpa*, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há de se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobre tudo no Brasil, onde a *onda* policlesca do CPP produziu uma geração de juristas e de aplicadores do direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.⁵¹

A essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos fascizantes de organização político-institucional então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.

É evidente a particularidade repressiva e de manifesta coercitividade dos mecanismos legais produzidos pelo Código de Processo Penal de 1941, tornando exequível um aparato legal para as práticas arbitrárias. Citado código traz marcantes traços de um sistema político assinalado pela falta de participação social.

De acordo com Coutinho:

⁵⁰ Exposição de Motivos do Decreto Lei nº 3.839, de 3 de outubro de 1941.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6.

O Código atual é a expressão do mecanismo utilizado na velha estrutura ordenatória, influenciada pelo processo canônico. Esta estrutura nasceu com a Igreja e se estende até hoje. É um sistema de processo propositadamente desigual. Ele favorece o desnivelamento dos órgãos. Privilegia um e reprime outro. A escolha do sistema é política: ou se permite ao juiz buscar o conhecimento ou faz com que as partes levem o conhecimento ao juiz. Esta é a diferença fundamental entre os sistemas inquisitorial e acusatório.⁵²

Em uma outra passagem sua:

O certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório. Pesa, nele, em todos os quadrantes a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório. O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal.⁵³

Assim, observamos o aparecimento do Direito como resultado de uma circunstância fática daquele instante histórico no Brasil, ou seja: o Estado Novo de 1937, período que abrange parte da Era Vargas presidida pelo então Presidente Getúlio Vargas (1937-1945) que incumbiu o jurista Francisco Campos de preparar uma nova Constituição (1937)⁵⁴, extra parlamentar, substituindo a Constituição até então vigente, a qual fora outorgada ao país legitimamente por uma Assembléia Nacional Constituinte (1934).⁵⁵

Especialmente neste caso, o surgimento do Direito, se dá de maneira inadequada, não sendo o reflexo do desejo da sociedade, mas da realidade social tendente à época, qual seja, a ditadura.

Esse Código que já completou setenta anos está precisando de adequações aos dias de hoje. Surgiu em um tempo de exceção e, no decorrer de todos estes anos vem acumulando reformas, porém ainda não suficientes a ponto de considerar-se em conformidade com a atual Constituição.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Não adianta punir os ricos para equilibrar a balança. <www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal> Acesso em: 26 abr. 2018.

⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 5 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.11.

⁵⁴ LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. “O processo penal à luz do estado democrático de direito”. In: Revista dos Tribunais. v. 91, n. 800, jun. 2002, p. 513.

⁵⁵ MATTOS, Saulo. “Desmistificando a Busca da Verdade no Processo Penal”. In: Revista dos Tribunais. ano 31, v. 802, ago. 2002, p.97

3.2 As reformas parciais do CPP: um ensaio atual sobre a gestão das provas

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Penal ficou obsoleto. Assim abarcou novas leis para coadunar com a Nova Carta, que passou a defender um Estado Democrático de Direito e a estrutura do Sistema Acusatório.

O princípio fundamental do ordenamento processual vigente antes da Constituição de 1988 que era o princípio da presunção de culpabilidade, não mais se mantinha com a nova ordem constitucional. A exclusividade para o exercício da ação penal pública foi dada ao *parquet* e houve a instituição das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todas inteiramente aplicáveis ao processo penal.⁵⁶

De acordo com Coutinho:

Quando o assunto é reforma, o primeiro ponto é o fundamental porque trata do núcleo dos problemas: é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo-se às questões intra-sistemáticas para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos. Se é assim, qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988.⁵⁷

Não obstante alguns benefícios trazidos com as inovações incorporadas ao CPP pelas reformas de 2008, com as Leis nº11.689, relativas ao Tribunal do Júri; a Lei nº11.690, referentes à prova, e a nº11.719, relativas à suspensão do processo, à *emendatio libelli*⁵⁸, à *mutatio libelli*⁵⁹ e aos procedimentos, a legislação processual penal brasileira está ainda muito distante do apropriado ao nosso atual ordenamento constitucional, tendo em vista que estas últimas reformas são todas pontuais no ultrapassado Código de Processo Penal. A questão já

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.105

⁵⁷ COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008

⁵⁸ ocorre quando há uma errada classificação/descrição da infração contida na denúncia ou queixa, podendo o juiz atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

⁵⁹ Ocorre quando o juiz reconhece a possibilidade de nova definição jurídica do fato em consequência de prova existente nos autos de elementos ou circunstância não contida na acusação. Nesse caso, os autos são remetidos ao MP para aditar a denúncia ou queixa.

começa nestas diminutas reformas que além de pontuais são geradoras de muitas falhas e divisões internas. Outrossim, possuem um grande defeito em sua origem que é a carência de um princípio unificador que impede a consistência e coerência sistêmica.

Segundo Coutinho, as reformas do CPP

Tratam-se, como se sabe, de tentativas de reformas parciais, algumas absurdas, outras incongruentes, todas lotadas de boas intenções e poucas perspectivas de que venham a vingar, mormente naquilo ao qual se propõem como soluções salvadoras.⁶⁰

Com o intuito de discutir esses aspectos, das reformas pontuais acima referidas, escolheu-se pela apreciação da nova disciplina da atividade probatória, pois esta condensa de forma transparente o ideal que parece ter vinculado os redatores do texto final. Assim, visando, analisar as modificações constantes dos artigos 155, 156 e 157 do Código de Processo Penal brasileiro.

Porém, antes desta análise, faz-se necessário dizer que a prova deve assumir verdadeiro papel de garantia do indivíduo em face da norma processual penal, pois, serve para balizar a atuação estatal na esfera de liberdade do cidadão no Estado Democrático de Direito. Ela deve compor a ideia de que ninguém poderá ser condenado sem fundamento probatório hábil para sustentar o acontecimento da ação criminosa atribuída ao indivíduo.

Retira-se desta máxima, trazida pela Constituição Cidadã, um processo penal democrático, disposto a apreciar o princípio do *in dubio pro reo*. Sendo assim, o material de prova mostra-se extremamente imprescindível no contexto punitivo, pois extrai o despotismo do Estado frente a liberdade individual.

3.2.1 A disciplina da atividade probatória e o ideal político da Lei n. 11.690/2008

A Lei n. 11.690/2008 teve como principal objetivo modificar os dispositivos referentes à prova, inserindo o processo penal, estabelecido sob o amparo de um governo ditatorial, em que liberdade e garantias individuais cedem ao controle da ordem pública, num contexto um pouco mais garantista, em que se ressaltam a presunção de inocência, o

⁶⁰ COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

contraditório e a ampla defesa.

A primeira e mais importante mudança ocorreu no art. 155 para tentar abortar a ocorrência de uma condenação baseada apenas em elementos reunidos na fase pré-processual, qual seja a da investigação policial. Este artigo tinha seguinte redação:

Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Tal artigo passou a contar com a seguinte redação:

*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Contudo, no cuidado de limitar ainda mais a atuação estatal na esfera individual, o Legislador se equivocou em algumas partes redacionais, visto que o posicionamento firmado pela jurisprudência foi destoadado sutilmente pela nova redação do art. 155

Quando se lê uma primeira vez, o significado que o nos dá o texto, é que teriam sido preservados todos os direitos constitucionais. No entanto, não é essa conclusão que se tira em vista de uma interpretação de um todo do referido artigo, pois, ao se usar a palavra ‘exclusivamente’, o Legislador quis na verdade dizer que se pode, com base em elementos extraídos na fase de inquérito, onde não há contraditório e ampla defesa, apoiar decisão condenatória em desfavor do réu, o que estabeleceria verdadeira inversão do nosso sistema constitucional. Assim, pode-se concluir pela inconstitucionalidade de parte do referido artigo, e desta forma, cabe ao intérprete da lei fazer uma releitura mais constitucional do mesmo.

Este dispositivo sustentou o princípio da livre apreciação da prova, já inserido ao ordenamento brasileiro pela antiga redação do artigo 157 do Código Processual. Todavia, novamente, e agora de maneira clara, equivocou-se o Legislador quanto à natureza do instituto.

Segundo Ferrajoli⁶¹, o princípio da livre convicção do juiz foi criado dentro do modelo processual acusatório, em conformidade com outros princípios mutuamente interdependentes (não presunção legal de culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos em lei, a presunção de inocência, o ônus de prova para condenação a cargo da acusação, a questionabilidade de qualquer prova, evidenciando a dúvida como hábito

⁶¹ FERRAJOLLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 133 e 134.

profissional do julgador, o contraditório entre as partes, a separação pura entre acusação e juiz, dentre outras), como opção democrática à autoritária sistemática de provas legais.

Porém, foi no período após a Revolução Francesa que foi favorecida a entrada do modelo de livre apreciação da prova ao sistema inquisitivo, que tem como fundamento a busca da verdade absoluta, surgindo assim os ditos sistemas mistos, com uma primeira etapa inquisitiva e uma segunda parte acusatória.

Segundo Ferrajoli:

Compreende-se que tal ‘monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório’, tenha somado os defeitos de um e de outro, comprometendo de fato o único valor comum a ambos: a obrigação de o juiz decidir *juxta alligata atque probata*, que caracteriza tanto o processo puramente inquisitivo, no qual é necessária a prova legal, quanto o processo acusatório, em que o juiz é passivo diante da atividade probatória das partes e está a ela vinculado⁶²

Pode-se inferir, com a reforma do artigo 155, que o engano do legislativo aparenta uma artimanha política em prol de um utilitarismo processual, pois com a nova redação, expressa-se a possibilidade da livre apreciação da prova colhida na fase pré-processual, ou seja, sem o contraditório judicial.

Destaca-se, segundo Lopes⁶³ que a ideia originária do projeto estava em consonância com o sistema acusatório. Assim, entende-se uma artimanha política pois a palavra ‘exclusivamente’ não constava no projeto de lei produzido pela Comissão especialmente designada para a realização da reforma. Na sua redação original, o artigo 155 dizia: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação ...”. A expressão introduzida modificou essencialmente e sistematicamente a leitura do processo penal pátrio, agora expressamente enraizado ao inquisitorialismo pré-processual, de duvidosa constitucionalidade.

Ao que tudo indica, a colocação da palavra exclusivamente no artigo 155 quer deter a abertura à proteção de direitos e garantias fundamentais exaltada pela Constituição.

Infere-se que o Legislador, escancaradamente, quis deixar uma grande brecha ao arbítrio, permitindo ao juiz buscar provas na investigação, afastado do contraditório e

⁶² FERRAJOLLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p.134.

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 202 e203.

absolutamente contrário ao princípio da democracia.

De acordo com Coutinho:

A solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório. No mais, a acusação poderia ser formulada com base em investigação realizada pela polícia, função para a qual existe e está preparada mais que ninguém, ainda que sob o controle externo do MP. Sob as penas da lei, um órgão de acusação consciente não deduziria ação — imaginando-o engajado à democracia — por mera elucubração mental. E o juiz, longe da colheita da prova, poderia ter as condições suficientes para, sem influências de qualquer gênero, preparar-se para o devido acerto do caso penal.

O que se pode inferir é que como as reformas parciais não agem diretamente no problema, ou seja, no princípio inquisitivo, que continua inviolado, assim como a referente à prova, as mesmas não mudam o sistema. Basta que se analise, também, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei nº 11.690, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas”⁶⁴. Tal artigo representa verdadeiro retrocesso do sistema processual penal brasileiro, que é o infeliz retorno da figura do juiz inquisidor.

Assim apresenta-se a nova redação do artigo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Apesar de o *caput* do dispositivo generalizar a possibilidade de o Juiz agir de ofício em ambas as situações que prevê – incisos I e II – parece claro que, no caso do inciso I, o juiz só pode agir quando provocado pelo titular do direito de ação (Ministério Público ou querelante, conforme de iniciativa pública ou privada), no abrigo de uma prova pertinente e importante, que esteja em vias de sucumbir.

Destarte se determina em complemento ao art. 155, *caput*, parte final, do Código de Processo Penal, no ponto em que ressalva as provas antecipadas, que são essas que o Juiz pode determinar antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, do Código de Processo Penal), mas não de ofício, como parece pretender o *caput*, o que contrariaria o princípio da inércia,

⁶⁴ COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

inerente ao sistema acusatório, mostrando-se incompatível, eis que ainda não iniciada a ação, assim, não cabendo ao Juiz partir em busca da prova antes de ser exercido o direito de ação, pois, se assim procedesse, estaria investigando, admitindo conduta tipicamente inquisitivo, o que lhe é proibido constitucionalmente.

Com a presença do juiz inquisidor, os princípios do devido processo legal, da iniciativa das partes, da imparcialidade do juiz, são claramente violados, pois não havendo a inércia do juiz ou a iniciativa das partes, ocorre de modo manifesto o comprometimento da imparcialidade do julgador, que ao gerar uma prova antes do início da ação penal, corre um grande risco de ficar a ela vinculado psicologicamente, sendo certo que assim, poderá ocorrer do juiz formar sua convicção única e exclusivamente nesta prova produzida, o que é injusto, pois um juiz inquisidor é um juiz que representa grande perigo a um processo penal constitucional, portanto, não pode jamais ser admitido sob pena de grande e lastimável retrocesso do sistema processual penal.

Não se pode admitir, num Estado Democrático de Direito, tão grande retrocesso, tendo em vista que um juiz que possui tal poder é um juiz que indiscutivelmente terá sua imparcialidade prejudicada, pois, ao efetuar a produção de prova anteriormente ao início da ação penal, estará ignorando o sistema acusatório, o devido processo legal e iniciativa das partes.

Deste modo, aconselha-se uma interpretação conforme a Constituição, para que, na hipótese do inciso I, não permita que o Juiz atue de ofício, só podendo determinar a produção de prova antecipada se isto for requerido pela parte interessada.

Acerca da inconstitucionalidade do novo dispositivo, Luiz Flávio Gomes:

Parece que a inovação rompe mesmo com o modelo acusatório, o processo de partes, na qual cada um tem suas atribuições bem delineadas. Dentre elas, seguramente, não se elenca a possibilidade do juiz determinar a produção de atos probatórios. Sobretudo, quando pode fazê-lo *ex officio* e já na fase administrativa. Necessidade, adequação e proporcionalidade (sempre ela), devem orientar o juiz em toda e qualquer decisão e, além da forte carga de discricionariedade, indesejável no processo penal, não servem de paliativo para tamanha franquia, claramente desapojada pela Constituição.⁶⁵

A respeito do art. 156, ensina Coutinho:

Ora, tal preceito é inconstitucional porque, de modo escancarado, rompe com o devido processo legal, formal e substancialmente. Ele é, por sinal, pior que o

⁶⁵ GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.280.

preceito derogado (“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”), o qual dava a impressão - embora não fosse, na prática, verdadeira - de não participar o juiz da colheita dos meios probatórios na primeira fase da persecução. Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, nas duas fases da persecução, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos supre-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como necessidade, adequação, proporcionalidade e - pior - “dúvida sobre ponto relevante”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, equidistância e equilíbrio na condução do processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acerto do caso penal.⁶⁶

O Legislador deve ter consciência de que vivemos em um Estado Democrático e Constitucional de Direitos, não havendo espaço para pretensões injustas ou declaradamente opostas à Constitucionalização do Direito.

De acordo com o professor Coutinho, “Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR.

Segundo o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal (CF), “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Prevendo o direito fundamental à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, pretende-se, por via reflexa, a proteção de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à privacidade, à intimidade, à vida privada (art. 5º, X), à inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI), à intangibilidade corpórea (vedação à tortura) (art. 5º, III), ao sigilo de correspondência, de dados, das comunicações telegráficas e, em regra, das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) etc.

A nova redação do art. 157 trouxe a seguinte formatação:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º vetado

Acerca da reforma deste, sabiamente, o professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, diz:

⁶⁶ COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º). Não bastasse isto, quando se fala de “fonte independente” (quer-se, como na velha jurisprudência dos conceitos, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já se sabia e se fez de propósito?), quem dirá o que são “trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, nos termos do § 2º. Enfim, o que era bom do art. 157 foi vetado, isto é, o § 4º: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” E tudo em nome do concreto escopo das reformas, pelo menos do que se vê das “razões do veto”: “imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo”; mesmo que o preço para tanto seja aviltar a democracia processual-constitucional.⁶⁷

Deste modo, infere-se que o havia de “bom” no art. 157, que era o seu parágrafo 4º, foi vetado. Veto, este, inoportuno, por tudo que de importante acrescentaria à temática da prova ilícita e à justiça nas decisões, que se pretendem imparciais, subsistindo, ainda assim, um modo de realizar a descontaminação do julgado, vale dizer, a declaração de ofício de suspeição por motivo íntimo pelo magistrado que conheceu de prova posteriormente julgada ilícita e desentranhada dos autos do processo.

O artigo vetado dizia que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

Assim, consagraria-se, a Teoria da Descontaminação do Julgado. Quando se alude à descontaminação do julgado, quer-se referir a um mecanismo processual que torne possível o julgamento da demanda por outro juiz que não aquele que conheceu da prova tida, posteriormente, como ilícita. Em outros termos, trata-se de impedir que o juiz que conheceu de prova ilícita julgue a causa, porquanto, ainda que não queira, poderá ser influenciado pelo conteúdo do material probatório ilícito conhecido.

Mas, como já dito, o referido dispositivo foi vetado. O veto se fundamenta, resumidamente, no descompasso existente entre o quanto previsto no §4º e os sentimentos que nortearam a criação da Lei 11.690/2008, que busca dar mais celeridade aos julgamentos. Alega-se que o tempo exigido para que o juiz substituto tomasse conhecimento de toda a instrução processual seria prejudicial à celeridade almejada.

Desta forma, perdeu-se a chance de colocar no sistema norma de mais alto valor, que alastraria seus efeitos para além do processo penal tendo em vista tratar-se tema comum ao

⁶⁷ COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

processo como um todo. Assim, novamente, valores importantes à ordem constitucional, como julgamentos imparciais e justos, são sacrificados pelo utilitarismo e por imposição de circunstâncias não jurídicas.

Toda a atividade do Legislador atualmente é guiada pela celeridade que se deve imprimir à prestação jurisdicional e à atividade judiciária, o que é bem-vindo desde que não tenha como preço a desconsideração de princípios estruturantes e garantísticos do sistema normativo de um Estado que é Constitucional.

Destarte, o veto ao § 4º do art. 157 da nova Lei 11.690/ 2008 foi inadequado, por tudo que de importante agregaria à temática da prova ilícita e à justiça nas decisões, que se pretendem imparciais, permanecendo, ainda assim, uma maneira de elaborar a descontaminação do julgado, ou seja, a declaração de ofício de suspeição por motivo íntimo pelo magistrado que conheceu de prova posteriormente julgada ilícita e desentranhada dos autos do processo.

As mudanças culturais, em geral, demandam colisão estrutural. A evolução ao processo penal brasileiro perfeito, ou o mais próximo possível disto, só seria possível, em tese, com a redação de um novo diploma legal, inteiramente independente das raízes inquisitivas que dão sustentação ao modelo pátrio. A reforma processual efetivada, por ser parcial, dificilmente mudará a sistemática antigarantista atual.

Com tudo isso, necessário, e mais que urgente mostra-se a necessidade da edição de um novo CPP, e não somente de mudanças parciais, como as apresentadas, mas sim, que se acabe de forma peremptória com as raízes autoritárias do atual diploma.

CAPÍTULO IV - O EMBATE ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O VELHO SISTEMA INQUISITÓRIO ADOTADO DISFARÇADAMENTE PELO ATUAL CÓDIGO

A proposta de reforma do Código de Processo Penal brasileiro é harmonizá-lo com a Constituição atual, por existir grande irregularidade entre o Código Penal atualmente em vigor e a Carta Magna de 1988.

Porém, o maior desafio de criar um novo código é fazer com que a nova lógica de transformação do entendimento do sistema jurídico tome conta do sistema como um todo, sob pena de se cair numa grande diferença entre o que é e o que deveria ser, pois, o projeto traz uma linha política substancialmente diversa da que temos atualmente.

O código atualmente vigente, nascido em 1941, ainda que tenha sofrido mudanças através de reformas na legislação, ainda esta muito distante de apresentar um código democrático baseado nos direitos e garantias fundamentais. Direitos, estes, que não devem ser diminuídos com a intenção de aumentar a eficiência da intervenção estatal, pois, tal intervenção só será eficaz se observadas as garantias individuais.

É com a apresentação do Projeto 156/2009 ao Senado da República que surge o ensejo de finalmente efetuar a reforma global do Código de Processo Penal, possibilitando reaver a discussão em relação a democratização do sistema como um todo, na esperança de um processo que certifique, com eficácia e celeridade a aplicação da lei penal, sem dano as garantias democráticas previstas no texto constitucional.

4.1 O equilíbrio entre os sujeitos processuais na estrutura acusatória enaltecida pela Constituição.

De acordo com a doutrina clássica, a separação formal das funções de acusar e julgar era suficiente para que reconhecêssemos o processo acusatório. Atualmente, todavia, o atendimento a essa condição, apesar de indispensável, é insuficiente. Entende-se como acusatório o procedimento que garante a atuação efetiva das partes, em igualdade de condições, perante um juiz absolutamente neutro e equidistante.

Hodiernamente, a doutrina destina maior atenção à imparcialidade do juiz. Concretiza-se o conceito de que esse atributo fica prejudicado quando o magistrado, de alguma forma, faz parte da investigação ou, na fase do processo, tem iniciativa probatória.

Afrânio Silva Jardim explica que os princípios mais importantes do processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e o do contraditório:

[...] os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos desses dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por esse motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes.⁶⁸

Há, no PLS nº 156/09, uma valorização a moderna doutrina do processo acusatório. O magistrado não sendo mais o responsável pelo produto da persecução criminal, pois esta é obviamente obrigação do Ministério Público. Caso o magistrado tenha que ser demandado no período da investigação, terá como alvo, principalmente, os direitos e garantias individuais dos suspeitos. Sua participação se encerra com o fim da investigação, marcada pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do caderno processual. Nessa oportunidade, o juiz será afastado do feito e substituído por outro, que ainda não teve contato com os elementos colhidos nessa fase inicial.

O projeto, almeja dar ao processo penal brasileiro direção a um modelo de sistema acusatório, no qual, além de delinear exatamente as funções de juiz, acusação e defesa, apresenta a prova nas mãos das partes e não mais tendo o juiz como detentor do poder de produzi-las, como pode-se depreender através do art. 4º do projeto: “Art. 4º - O processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Segundo Coutinho:

Eis então, porque a opção pelo texto do art. 4º precitado. Nele, resta a patente que a gestão da prova escapa do comando direto do juiz e, assim, passa ela a ter, em sua plenitude (ou quase), a função que a Constituição lhe reserva: garante de ordem constitucional e, por isso, do cidadão. Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele acusador.⁶⁹

⁶⁸ JARDIM, Afrânio Silva, O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório, In: Revista Justitia, São Paulo, APMP, jul.-set 1989.

⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente

Como se pode compreender, o art. 4º do PLS, proíbe expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, ou seja, significa que o magistrado estará proibido de produzir provas, com exceção daquelas produzidas em favor do acusado.

De acordo com Clara Maria Roman Borges:

O genuíno sistema acusatório suprime qualquer possibilidade de produção de provas pelo juiz e não por outro motivo esta proposta acertadamente sugere que ele poderá substituir a atuação probatória de nenhuma das partes. Deste modo, a aprovação desta nova redação implicaria devidos acertos na costura do sistema no sentido de impedir que o juiz produza provas para esclarecer dúvida, conforme art. 162, do substitutivo; ou que não produza aquelas consideradas irrelevantes, nos termos do art. 163, ou que indefira as perguntas das partes às testemunhas, bem como que faça a elas suas próprias perguntas, como previsto no art. 176.⁷⁰

Segundo a autora⁷¹, ao analisarmos esta parte do projeto é cauteloso que recordemos que a justificativa à conservação dos poderes instrutórios do magistrado seria uma forma de remediar casuais falhas defensivas que sobrecaem aos acusados carentes de recursos no país.

A mesma, ressalta ser nobre tal posição, porém lembra que a este acusado deve-se estruturar a Defensoria Pública que é determinada pela CR, e, defronte a falta de provas o magistrado deve absolver o acusado com base no princípio do *in dubio pro reo*, pois, mesmo que importante o motivo apresentado, a higidez do sistema acusatório conta com a proibição de poderes investigatórios ao juiz. Pois, caso contrário, continuaremos a preservar o sistema inquisitivo que é totalmente inconstitucional.

É fático que um processo de semblante acusatório acentua os direitos e garantias individuais, obrigando ao magistrado colocar-se no lugar pela Constituição reservado a ele, ou seja numa posição de garante. Este modelo de sistema não pretende descobrir verdades, mais sim, privilegia o debate com vistas ao acerto do caso, ou seja, a sua solução, porque, do processo não se pode esperar qualquer verdade, pois ele representa somente uma lívida reprodução dos fatos e não os fatos por si mesmo. Ele não se pode recuperar, pois, a impossibilidade de se repetir o tempo no processo torna inexequível o correto estudo

demarcado, p. 14 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁰ BORGES, Clara Maria Roman. As Ameaças Inquisitoriais ao Novo CPP, p. 39 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷¹ Id. Ibid. p.39 e 40

contextual em que se desenvolveu o fato.

Sobre o sistema acusatório, mais uma vez, Coutinho:

(...) um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquele do juiz – não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.⁷²

Uma das particularidade mais relevantes de um modelo predominantemente acusatório, em se tratando de sujeitos processuais, é a conservação do magistrado como destinatário da produção probatória, em uma colocação afastada e de equilíbrio, trazendo somente às partes a função da produção das provas.

O PLS nº156/09 sugere, como já visto, um juiz mais imparcial, obstando a substituição da atividade probatória do Ministério Público e consentindo ao ele, se houver incerteza, elucidá-la apenas no interesse da defesa.

Todavia, apesar de não se imputar ao juiz a gestão da prova, isso não significa que o mesmo deva ficar totalmente apático, como mero espectador da mesma, precisa, sim, garantir o constante exercício da prestação jurisdicional.

Segundo Busato:

Mesmo que se reconheça como ideal que o sujeito juiz permaneça afastado de modo absoluto da interferência no processo, não ser o juiz inerte, neste caso, destina-se tão somente a colocar o juiz na condição de garantidor do regular exercício da prestação jurisdicional e não na produção de qualquer classe de resultado. Menos ainda de um resultado pretendidamente verdadeiro, o mito que há muito foi soterrado no âmbito das pretensões de realização do processo.⁷³

Segundo Carvalho⁷⁴, para compreender a melhor atitude apropriada ao juiz podemos dividir o procedimento probatório em duas dimensões: da profundidade e a da extensão. Ou seja, o magistrado não pode ordenar depoimento que não aquele que foi requerido por uma das partes, pois a extensão será apenas o depoimento solicitado. Porém, dentro da extensão do

⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 17 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷³ BUSATO, Paulo César. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório, p. 107. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório, p. 19 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

depoimento demandado pela parte não existe restrição à profundidade, ou a maneira de ser colocado o depoimento no processo.

Nas palavras de Carvalho:

Assim, pode-se dizer que os poderes instrutórios são ilimitados, digamos assim, na profundidade, mas não na extensão. Em outras palavras, trazidas as provas pelas partes, é legítimo ao juiz perquirir sua credibilidade, autenticidade, sanidade, e todos os demais atributos, pois a ele cabe valorá-la. Mas não lhe cabe chamar a depor testemunha não arrolada, nem determinar a juntada de documentos não solicitados pelas partes. Na extensão, ou seja, diante da pluralidade de possíveis fontes e meios de provas, não lhe cabe determinar a produção de tal ou qual prova. Seus poderes instrutórios são ilimitados na profundidade das provas trazidas pelas partes, mas limitados na extensão das provas requeridas pelas partes.

Desta forma, o juiz não poderá produzir provas, ou ordenar a oitiva de testemunhas que não tiverem sido arroladas, tampouco produzir provas periciais indispensáveis, com exceção do exame de insanidade do interrogando que deve ser requerido pelo juiz, de ofício.

Um sistema ideal não deve dar o magistrado poderes ilimitados, mas também não deve coibi-los totalmente, pois um sistema só pode ser considerado suficientemente bom quando consegue solucionar as dificuldades que venham a suceder.

Embora demonstrada qual seria, em tese, a postura adequada a ser tomada pelo magistrado, Alexandre Morais da Rosa ensina que para a mudança acontecer, não depende somente de uma modificação processual:

O senso comum teórico, fomentado pelos discursos alarmistas de hoje, exige que o juiz se coloque no lugar, cada vez, mais paranóico. Demitir-se deste lugar paranóico *ad hoc*, de que falam Franco Cordeiro e Jacinto de Miranda Coutinho, parece ser o desafio contemporâneo. O problema, contudo, é que o sujeito não foi ensinado para tanto, mas justamente o contrário. [...] O projeto do CPP reposiciona o juiz num lugar específico na estrutura, aparta-o da gestão da prova, mas parece que não é assimilado pelo senso comum teórico que demanda para que ele retome as rédeas, assuma suas funções de pontuar a Verdade, paranóica. Enfim, o processo de dessubstancialização do lugar do juiz não depende de uma alteração processual, embora possa auxiliar. Depende fundamentalmente de uma postura. É isso que se espera. Só o tempo dirá se teremos êxito.⁷⁵

Em suma, o juiz, no sistema acusatório, deve ser imparcial, garante dos direitos fundamentais do indivíduo submetido ao processo, deixando a tarefa de acusação a cargo do Ministério Público e a de coleta das provas a cargo das partes, condenando quando houver

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Quando se fala de Juiz no Novo CPP de que juiz se fala? p. 129. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

provas lícitas da autoria e absolvendo quando não houver provas plenas da mesma.

Destaca-se que imparcialidade é diversa da neutralidade. Esta impossibilita o juiz de julgar, um juiz neutro é um juiz boca-da-lei, que apenas reproduz sua letra morta. O que se espera de um juiz é que não busque a verdade real, mas a verdade possível no processo, amparada sempre pelas garantias de fundamentação das decisões judiciais e do livre convencimento motivado.

Já, quando o assunto é o órgão de acusação, o PLS nº 156/09 amolda um promotor com mais relevância pois lhe concede a exclusividade da ação penal pública, aniquilando a ação penal privada, conforme art. 45 do projeto:

Art. 45. A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de seis meses, contados do dia em que se identificar a autoria do crime.

Parágrafo único. Nas ações penais condicionadas à representação, no caso de morte da vítima, a ação penal poderá ser intentada a juízo discricionário do Ministério Público.

Não há mais a ação penal privada e o processo passa a ser iniciado por ação penal pública, condicionada a representação do ofendido, podendo ser extinta com a retratação da vítima, desde que realizada até o oferecimento da denúncia pelo MP.

Segundo Coutinho, “o Ministério Público também vai ganhar o lugar que a Constituição lhe assegura, muito mais relevante que aquele do Sistema Inquisitório, algumas vezes “secundário, outras de “coadjuvante”, mas também em constante conflito com a CR/88.”⁷⁶

Outro ponto bastante relevante no projeto com relação ao MP é trazido no artigo 408 que trata da *mutatio libelli*⁷⁷ que não poderá ser invocada por parte do juiz, ficando submetido ao requerimento do Ministério Público.

Art. 408. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou

⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 16 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁷ Ocorre quando o juiz reconhece a possibilidade de nova definição jurídica do fato em consequência de prova existente nos autos de elementos ou circunstância não contida na acusação. Nesse caso, os autos são remetidos ao MP para aditar a denúncia ou queixa.

circunstância da infração penal não contida na acusação, **o Ministério Público, por requerimento em audiência**, poderá aditar a denúncia, no prazo de 5 (cinco) dias, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (grifo nosso)

Referente as medidas cautelares, o artigo 513 em seu parágrafo único é bastante claro ao dizer que “durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.”

Pouco plausível, no entanto, é a manutenção do artigo que trata da possibilidade de o magistrado condenar contrariamente ao pedido do Ministério Público, mesmo que tenha, este, optado pela absolvição. Art. 409 “O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.”

Com a perspectiva do novo CPP, o Ministério Público se vê diante do desafio de tomar a frente na batalha de modificar a persecução criminal, tanto na fase policial quanto na judicial, em instrumento de emprego concreto da lei penal, sem consentir a transgressão dos direitos fundamentais do acusado, mas convicto da finalidade de tornar correta e efetiva a punição apenas dos criminosos.

Por fim, quando tratamos do sujeito processual que diz respeito a defesa, o projeto também traz uma defesa mais eficaz, mais atuante, pois adquire alguns direitos que anteriormente lhe eram declinados. Esta ganha estrutura para se efetivar corretamente.

Uma das mais significantes mudanças sugeridas no projeto relativas a fase de investigação do acusado, é referente ao sigilo de tais investigações. Em seu art. 10 e 11 deixa claro que ela “deve assegurar o sigilo necessário a elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do **investigado**.”(grifo nosso)

Tal sigilo não pode ser imposto ao investigado e a seu defensor que devem ter “amplo acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.”

Na proposta de emenda feita pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), tal sigilo poderia ser mais restrito, devendo ser apenas imposto ao defensor em relação as medidas cautelares em curso, das quais a ciência a este e ao investigado poderia vir a

prejudicar a eficácia do ato.

Fica evidente que este ensaio de limitar o sigilo das investigações, no projeto e na sugestão do IBDP, distanciam o novo código da Constituição na medida em que demonstram a existência de sigilo no inquérito, pois a mesma garante ampla publicidade dos atos administrativos.

Assim, resta claro, que esta nova norma que esta para surgir não pode evidenciar nenhum tipo de sigilo na investigação, pois, isso permitiria que fosse negado aos defensores o contato com o material já gerado nesta fase, utilizando-se de desculpas como diligências em andamento ou até mesmo medidas cautelares em curso.

Como sabe-se existe uma questão corporativa muito forte dos magistrados para não revogar o atual código, pois os mesmos concluem que um sistema acusatório reduziria a sua autoridade, assim salienta-se que a proposta da AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil) aumenta o sigilo para todo o material já produzido na investigação criminal, cuja a ciência por parte do advogado e do investigado venha a comprometer a eficácia da investigação. Assim, obviamente, dando amplos poderes à polícia e ao magistrado a produzir provas sem a vistoria dos defensores , o que resta totalmente inconstitucional.

Importante também ressaltar o direito do indiciado a uma audiência durante o inquérito, trazido em seu artigo 13 que diz: “é direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída”. Porém, não ficou expresso no projeto, que o réu tem o direito de ser interrogado sempre que necessitar, desde que antes da sentença. Tal direito ficou expressamente reconhecido somente na fase inquisitorial.

Já o artigo 14 dá ao indiciado o direito a fazer uma investigação particular, podendo, inclusive colher depoimentos, dizendo “ser facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.”

Outro direito dado a defesa encontra-se no artigo 65 em seus incisos II e IV que dá ao investigado ou acusado o direito “de entrevistar-se em local reservado, por seu defensor” e o direito de permanecer em silêncio, “não estando obrigado a responder a uma ou mais perguntas em particular, ou todas que lhe forem formuladas”.

No entanto, uma das mais importantes novidades em favor da defesa do acusado

encontra-se no artigo 63 em seu parágrafo 1º, amparado pelo artigo 5º, LXIII da Constituição da República, que é a proibição de interrogar-se o preso em flagrante no caso de não haver assistência de advogado ou defensor público no local. Assim o “auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando a autoridade policial o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade”.

De um modo geral, analisando o ponto de vista dos sujeitos processuais, podemos concluir que o PLS nº 156/09 de um novo Código de Processo Penal, apresenta princípios essenciais para que, de uma forma mais eficaz, possa contrabalançar o equilíbrio da atuação entre os sujeitos processuais na estrutura acusatória enaltecida pela Constituição.

O Sistema Acusatório, não é e nunca foi sinônimo de impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se - isso sim – de um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquele do juiz – não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.⁷⁸

Sem dúvida o novo código agregará, mesmo que em menor escala, elementos provenientes do sistema Inquisitório, porém, o sistema de regência será o acusatório e, isso, certamente, abre novas e melhores perspectivas para a democracia processual.⁷⁹

4.2 O papel do juiz das garantias do novo CPP

O PLS nº156/09, constitui, também, um juiz de garantias, apresentado nos artigos 15 a 18, que de acordo com o texto, normativo, seria o que controla a legalidade da investigação criminal e salvaguarda os direitos individuais que tenham sido reservados à autorização prévia do Poder Judiciário. Ele terá como função principal a de fiscalizar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal, sem prejuízo de também preservar o direito do Estado de investigar o fato e apurar a sua autoria, visando à devida aplicação da norma penal violada.

⁷⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 17 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 13 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Estes direitos e garantias abrangem a exposição pública dos investigados e a questão de haver um sigilo para lhe garantir a dignidade, pois esta, a partir do momento que se perde, dificilmente conseguirá ser retomada.

O juiz das garantias, é, assim, também, responsável pelo cuidado aos direitos individuais na fase do inquérito, ou seja, é um juiz criado para controlar os atos da polícia e do Ministério Público durante a investigação pré-processual que servirá para evitar que o juiz que julgará a causa tenha qualquer contato com provas, prisões ou decisões até que o processo chegue na fase processual.

Segundo Coutinho, no que se refere ao Juiz das Garantias:

Daí a criação de um Juiz das Garantias para a Investigação preliminar, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário,...(art. 15). Não tem competência, assim, para sair a cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal e obter, se for o caso, a tutela jurisdicional para o processamento do caso penal.”⁸⁰

Além disso, o juiz das garantias, também, decidirá sobre as prisões cautelares na fase pré-processual, observando a legalidade, necessidade e cabimento das mesmas. No entanto, o mesmo, de acordo com o art. 16, só existirá nas causas que não sejam de menor potencial ofensivo. E pra garantir que não haja manobras, o art. 17 é bem claro ao afirmar que qualquer juiz que atuar neste papel não pode atuar como juiz do processo.

Em suma, o juiz das garantias não é um gestor de provas, mas sim a pessoa designada a preservar os princípios constitucionais, garantindo a eficácia da intervenção penal, porém, com o objetivo principal de preservar o indiciado e suas liberdades. E, ainda que exista empecilhos à implementação desta novidade, deve ser despendida toda energia possível para que se realize amplamente em todo país, embora sabendo que alguns tribunais usarão de pretextos orçamentárias para não se introduzir o juiz das garantias.

Deve-se ficar claro que alto custo é o estrago que vem causando o sistema atual, que tem dado oportunidade a grandes abusos, sem contar o descrédito para a própria justiça criminal. Nada disso, notoriamente, colabora para o aperfeiçoamento do nosso Estado constitucional e humanista de direito.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, p. 15 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

4.3 Vestígios inquisitórios ainda presentes no Novo Código

Apesar de podermos afirmar que no PLS nº 156/09 existem lacunas aptas à afastá-lo de seu ideal maior, que é a construção de um sistema acusatório, devemos admitir que não podemos perder o ensejo de ver realizada uma reforma completa que tem como escopo acabar com “a legislação fascista de 1941 utilizada com sucesso nos dias de hoje para não mais perseguir os inimigos de governo getulista, mas os excluídos do mercado nesta sociedade globalizada e neoliberal.”⁸¹

Lendo os primeiros capítulos da exposição de motivos daquele que pode vir a ser o novo Código de Processo Penal, se depreende que seus autores tem por finalidade a construção de uma nova legislação que tenha por base a ordem constitucional em vigor.

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.⁸²

No entanto, numa análise mais detalhada da exposição de motivos podemos perceber alguma falta de cuidado de alguns que, mesmo que ocultamente, ainda creem que dar ao magistrado mais poderes, inclusive no que diz respeito a produção de provas, pode fazer com que o processo penal se torne mais democrático e atenuar os prejuízos de uma defesa insuficiente que o acusado pobre possa vir a ter por um defensor público de um órgão sem grandes recursos. Assim, fantasia-se que o juiz poderia suprir, produzindo as provas, toda e qualquer lacuna deixada pela defasada defesa do acusado.

Como já citado anteriormente, o art. 4º do PLS 156/09 prevê um sistema acusatório e proíbe ao magistrado a gestão probatória e a substituição do MP nesta mesma função. Porém, na fase do inquérito, com exceção as infrações de menor potencial ofensivo, nos termos dos

⁸¹ BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório, p. 25 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸² Vide texto integral PLS nº 156, de 2009 disponível em <http://www.senado.gov.br>

artigos 9, 25 e 26, VI, fica claro que o delegado de polícia tem em suas mãos a gestão das prova e ainda tem o poder de efetuar uma prisão provisória antes mesmo de haver uma condenação, o que a torna inconstitucional diante do princípio da presunção de inocência.

Já no art. 27 a legislação permite que a vítima, ou seu representante legal, bem como o investigado, solicitem à autoridade policial a realização de qualquer diligência, o que não encontra previsão no CPP em vigor.

Porém, segundo Clara Maria Roman Borges:

[...] a democracia tem espaço reduzido na instrução preliminar já que o mesmo dispositivo pontua que tais diligências serão executadas se a autoridade policial reconhecer a sua necessidade.⁸³

Um outro ponto, bastante crítico, encontra-se no art. 71 em seu parágrafo único, que diz que o “juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.” Porém, resta claro que a denegação de tais questionamentos será feita de acordo com que o magistrado desejar, demonstrando-se, assim, um juízo subjetivo com vestígios inquisitórios.

Se realmente fosse existir um sistema acusatório, para que o magistrado pudesse não admitir tais perguntas, necessitaria que, assim como ocorre nos Estado Unidos, fosse provocado pela outra parte.

Contudo, apesar de o projeto de um novo código de processo penal ainda conter mandamentos que indicam evidentes vícios inquisitoriais, ele tem por principal objetivo postular o respeito as garantias individuais em busca de uma maior maturidade social. Sendo assim, deve-se admitir que representa indiscutível avanço na concepção política e ideológica de um sistema de política criminal empenhado em garantir os direitos individuais.

Em suma, o PLS nº 156/09, criou muitas novidades e com certeza adequações serão essenciais para requintar o texto primitivo.

Enfim, existe um início, pois o desafio já foi lançado e não se pode perder tal oportunidade, tampouco deixar que questões essencialmente corporativas impeçam um escopo comum superior.

⁸³ BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório, p. 32 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CONCLUSÃO

Nos dias atuais, mesmo já tendo se reexaminado o Direito Penal por diversas vezes, ainda persistem divergências que precisam ser superadas, para que a norma penal possa se converter em uma norma Constitucional.

Grande parte da doutrina ainda insiste em tentar igualar o processo penal a uma realidade diferente da constitucionalmente proposta, porém, em contrapartida, eis que temos um novo Código tramitando no Congresso Nacional, com boas perspectivas de ser promulgado, revogando o ultrapassado Código de 1941.

O projeto Lei 156/2009 pretende uma reforma global do atual CPP para que sejam identificados os erros e se estabeleça uma nova ideia no campo do processo penal brasileiro e, sem dúvida, a mais importante mudança trazida no Código de processo Penal que está por vir é a mudança para o sistema acusatório, pois o sistema do código atual é inquisitório e é dele que pretendemos nos desvencilhar.

Entende-se que mesmo após a reforma de meados de 2008, o Código de Processo Penal, mantém o seu núcleo dominador incompatível com os princípios processuais estabelecidos no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988.

Sendo assim, a elaboração deste novo projeto partiu do princípio que, para se criar um novo código, seria fundamental harmonizar todo seu esqueleto com a atual Constituição, pois a mesma possui um modelo estruturado no sistema acusatório e o sistema inquisitório é incompatível com os Direitos fundamentais esboçados na Carta Magna.

Busca-se um sistema mais democrático, com cada parte em seu lugar, pois para que o processo penal seja justo as partes devem estar no espaço que a Constituição reservou para as mesmas e sendo assim, não teria, por exemplo, significado, o juiz ter a iniciativa da prova. Porém, nada impede que o mesmo intervenha no interrogatório de uma testemunha, previamente arrolada por uma das partes, a fim de obter esclarecimentos que as próprias partes não conseguirem fazer.

Ou seja, busca-se a proibição ao juiz de substituir o Ministério Público na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia. A reforma reforça a liberdade que o Ministério Público sempre teve de investigar, o que outrora foi motivo de intensa discussão na mídia, nos tribunais e entre instituições.

Já na investigação criminal, deve ficar garantido o sigilo necessário à elucidação do fato

e a preservação da intimidade e da vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e também a exposição dessas pessoas aos meios de comunicação. Inclusive, nada, pois, mais justo e correto, quando, diariamente, percebem-se verdadeiros circos armados em programas de rádio e televisão, o que faz com que o nome e a imagem das pessoas investigadas sejam destruídos de maneira definitiva.

O projeto de Lei 156/2009, teve grande avanço ao determinar, taxativamente, qual o sistema de processo a ser seguido no Brasil, havendo escolhido, portanto, o sistema acusatório. Porém, um novo código de matriz acusatória não poderá resolver os problemas reais como num passe de mágica, no entanto, ele é necessário na medida em que simboliza o início de um debate nacional a respeito da democracia e do controle da criminalidade.

Um Código não é a resposta a todas as questões. A lei não possui força normativa por si só, e, sim, depende de uma vontade política e da alteração do entendimento por parte dos juristas. Nossa sociedade ainda possui fortes traços autoritários.

O grande duelo dos Legisladores não é exatamente determinar uma legislação que, a partir dos princípios constitucionais, componha um processo penal acusatório e democrático, em que a gestão das provas esteja nas mãos das partes, que conversam e participam da decisão, mas, sim, a dificuldade é tornar isso verdade, alterar as práticas inquisitórias comuns e entranhadas nos indivíduos que são parte no processo e aproximar terminantemente o processo penal da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. 3 ed. Revista dos Tribunais, 2010.

BORGES, Clara Maria Roman. A Permeabilidade Inquisitorial de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. As Ameaças Inquisitoriais ao Novo CPP, p. 39 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992.

CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Perspectivas Principiológicas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório, p. 19 In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O Novo Processo Penal a luz da Constituição (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Volume 2.

_____. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM ano 13 nº 159 fev./2006.

_____. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. “O Papel do Novo Juiz no Processo Penal”. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho

de. (org.). O Novo Processo Penal á Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o principio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho, 2008.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo. Rio de Janeiro: ADV, junho, 1993.

_____. Não adianta punir os ricos para equilibrar a balança. <www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal> Acesso em: 26 abr. 2018.

CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantia Constitucionais na Investigação Criminal, SP, RT, 1995.

FERRAJOLLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª.ed. Nau Editora. Rio de Janeiro, 2002.

GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZADA, João Bernardino. A Inquisição em seu Mundo, 8ª. Ed., SP, Saraiva, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório, In: Revista Justitia, São Paulo, APMP, jul-set 1989, g.n

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. O processo penal à luz do estado democrático de direito. In: Revista dos Tribunais. v. 91, n. 800, jun. 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume I.

_____. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume II.

_____. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal: fundamentos. 2 ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

_____. Derecho Procesal Penal. 2. Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. T. 1

MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1980.

MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense,

1960.

_____. Elementos de Direito Processual Penal, v. I, Bookseller, 1a. ed., SP, 1997.

MATTOS, Saulo. “Desmistificando a Busca da Verdade no Processo Penal”. In: Revista dos Tribunais.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal, Saraiva, 5ª. ed., 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Código de Processo Penal Comentado. 10 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Curso de Processo Penal. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. Direito Processual Penal. Ed 14. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2006.

REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História, Saraiva, 1956

ROSA, Alexandre Moraes da. Quando se fala de Juiz no Novo CPP de que juiz se fala? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. (Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAUWEN FILHO, João Francisco. Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal, v. 2, SP, Saraiva, 1977. Curso de Processo Penal, v. 1, 9ª. ed., Saraiva, SP, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Direito Processual Penal. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. III.

TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do Processo Penal Romano, SP, Bushatsky, 1976.

VILLAS BOAS, Marco Antônio. Processo Penal Completo. São Paulo: Saraiva, 2001.

